

Komentarz do nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego Briana Z. Tamanahy¹



Michał Dudek

Adiunkt w Katedrze Socjologii Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor monografii *Komunikowanie prawa w dobie pluralizmu kulturowego* (Kraków 2014) oraz publikacji dotyczących m.in. polityki i aksjologii prawa, wizualności i prawa oraz technologii i prawa.

✉ michal.dudek@uj.edu.pl

A Commentary to Brian Z. Tamanaha's Non-Essentialist Version of Legal Pluralism

The article highlights problems and controversies of one connected with one of the most original conceptualizations of legal pluralism proposed by Brian Z. Tamanaha. Recognizing problems with previous conceptualizations of legal pluralism and the definitions of the law they adopt, Tamanaha suggests considering as law what people identify as law. When there are discrepancies between the distinguishable social identifications of the law, it is actually possible to talk about legal pluralism in a given society. Although the non-essentialist (refraining from any assumptions about the characteristics that the law must manifest to be able to consider it as law) concept of legal pluralism offers new interesting research perspectives, it is also marked by a number of more or less subtle controversies. There are, among others, questions whether it actually allows a clear delimitation of the law from non-law and also tensions between the "democratic character" of the concept and the simultaneous negation of the likely social intuitions on the law, or its excessive descriptivism/lack of legal-political involvement and possible social consequences of its broader adoption. In the article, these and other issues are presented and critically reviewed, allowing for a more accurate assessment of Tamanaha's conceptualization.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zasadniczej argumentacji prowadzącej Briana Z. Tamanahę do jego oryginalnego nieesencjalistycznego – wzbraniającego się od jakichkolwiek zało-

naukowej *Bliski Wschód a Europa. Problemy tożsamości i różnorodności*, 16–19 listopada 2017 r. w Hebdomie. Korzystając z okazji, chciałbym podziękować uczestnikom i organizatorom, zwłaszcza Bartłomiejowi Bodzińskiemu-Guzikowi, za zaproszenie i inspirujące komentarze.

1 Poprzednia wersja tego artykułu była prezentowana podczas konferencji

zeń co do cech, które prawo musi przejawiać, by móc je uznać za prawo – podejścia do pluralizmu prawnego²,

Oczywiście nie zmienia to faktu, że tylko ja jestem odpowiedzialny za jakiegokolwiek merytoryczne braki tego artykułu.

- 2 Choć Tamanaha zajmuje się pluralizmem prawnym w kilku publikacjach (zob. zwłaszcza *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society” 1993, t. 20, nr 2 czy *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, t. 30, nr 3), to najpełniejszy wyraz swojego nieesencjalistycznego podejścia daje w *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001, s. 171–205 (gdzie nie tylko powiela, ale też rozwija wcześniejsze *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society” 2000, t. 27, nr 2). W związku z tym niniejszy artykuł skupia się na B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt. Obok bardzo częstego przywoływania w literaturze podejścia do pluralizmu prawnego oferowanego przez Tamanahę jest ono także przedmiotem bardziej złożonych komentarzy, z których wiele ostatecznie zdaje się jednak skupiać na zgłaszanych przez niego generalnych тезach dotyczących prawa w ogóle, związanych oczywiście z koncepcją nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego, zob. np. K.E. Himma, *Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2004, t. 24, nr 4; V. Saleh-Hanna, *Women, Law, and Resistance in Northern Nigeria. Understanding the Inadequacies of Western Scholarship* (w:) V. Saleh-Hanna (ed.), *Colonial Systems of Control. Criminal Justice in Nigeria*, Ottawa 2008, s. 329–336; W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009, zwłaszcza s. 88–121 (skrót z tenże, *A Post-Westphalian Conception of Law*, „Law & Society Review” 2003, t. 37, nr 1); B. Dupret, *Prawo w naukach społecznych*, przeł. J. Stryczyk, Warszawa 2010, zwłaszcza s. 191–195; tenże, *Adjudication in Action. An Ethnomethodology of Law, Morality and Justice*, transl. P. Ghazaleh, Farnham 2011, zwłaszcza s. 31–35; V.M. Muñiz-Fraticelli, *The Structure of Pluralism. On the Authority of Associations*, Oxford 2014, zwłaszcza s. 143–149; K.M. Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford 2016, s. 141–145; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2017, zwłaszcza A. Dyrda, s. 237–251; D. v. Daniels, *A Genealogical Perspective on Pluralist Jurisprudence* (w:) N. Roughan, A. Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge 2017, zwłaszcza s. 175–181. Na tym tle niniejszy artykuł skupia się wyłącznie na nieesencjalistycznym ujęciu pluralizmu

a także próba ocenienia tej koncepcji i jej uzasadnienia. Sam pluralizm prawny, najbardziej podstawowo rozumiany jako sytuacja równoległego funkcjonowania w danym czasie i obszarze wielu (minimum dwóch) różnych porządków prawnych³, jest problemem zauważanym na gruncie socjologii prawa w zasadzie od początków tej dyscypliny. W końcu konceptualizacji tego zjawiska można się dopatrywać nie tylko w dziele Eugena Ehrlicha, ale także Leona Petrażyckiego⁴. Oczywiście nie są to jedyne nazwiska, które są przywoływane w kontekście dyskusji o pluralizmie prawnym. Pomijając w tym miejscu kontrowersje związane z tym, czy sama autorka bądź autor interpretują swoje koncepcje jako konceptualizacje pluralizmu prawnego, czy też ewentualne zmiany pierwotnych podejść⁵, warto pamiętać także o Sally Falk Moore, Johnie Griffithsie czy Guntherze Teubnerze bądź Rogerze Cotterrellu⁶. Należy jednak podkreślić, że to wskazanie jest dalekie od wyczerpującej listy uczonych próbujących nałożyć określone ramy teoretyczne na interesujące ich zjawisko.

W kontekście dotychczasowej bardzo bogatej dyskusji o pluralizmie prawnym to jednak Tamanaha okazuje się jego najciekawszym teoretykiem, gdyż zdaje

prawnego. Poniżej chce się więc uniknąć powtarzania dostrzeżonych przez poprzednich komentatorów problemów z rozważaniami Tamanahy na temat prawa w ogóle, samego pluralizmu prawnego czy obu tych wątków ujętych razem. Zamiast tego aspiruje się do uwydatnienia wcześniej w zdecydowanej mierze nieakcentowanych kontrowersji w samej „zawartości” jego koncepcji nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego i argumentacji na jej rzecz.

- 3 J. Winczorek, *Pluralizm prawny* (w:) A. Kociołek-Pęksa, M. Stepień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 181–182; A. Kojder, *Pluralizm prawny* (w:) A. Kojder, Z. Cywiński (red.), *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 295.
- 4 J. Winczorek, *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia* (w:) D. Bunikowski, K. Dobrzeńiecki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 18–19.
- 5 Por. np. podejście samej Moore i zmianę zdania Griffithsa opisane w B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism...*, dz. cyt., s. 392–396.
- 6 J. Winczorek, *Pluralizm prawny wczoraj i dziś...*, dz. cyt., s. 23–24, 25–31.

się odrzucać wszystkie poprzednie konceptualizacje tego zjawiska i w ich miejsce proponuje nowe, swoiście radykalne ujęcie. Jak sam przekonuje, jego zaletą jest przede wszystkim uniknięcie jednego zasadniczego problemu z dotychczasowymi koncepcjami pluralizmu prawnego – zbyt szerokiego ujmowania prawa, wskutek czego wręcz niemożliwe staje się odróżnianie prawa od nie-prawa. Jak będzie argumentowane poniżej, nie tylko oferowane przez Tamanahę rozwiązanie tego problemu zdaje się dyskusyjne. Nieesencjalistyczna koncepcja pluralizmu prawnego prowadzi do wielu innych problemów. Próba dokładniejszego wyliczenia zalet, ale i wad omawianej koncepcji będzie potrzebna przed jej ewentualną generalną oceną oraz decyzją o zastosowaniu jej w analizach konkretnych realiów. W końcu nawet pobieżna obserwacja zjawisk związanych z szeroko pojętą praktyką ustrojową bądź prawną, nie tylko w rodzimych realiach⁷ i nie tylko jak najbardziej aktualnych⁸, ale także poza granicami Polski⁹, może usprawiedliwiać przypuszczenie, iż pluralizm prawny jest faktem. Jako taki wymaga więc odpowiednich narzędzi teoretycznych. Warto zatem zadać sobie trud udzielenia odpowiedzi na pytanie: w obliczu sugerowanych zjawisk i tendencji, w jakim sensie i stopniu użyteczna może się okazać koncepcja

Tamanahy? Nim jednak zaproponuje się odpowiedź na to pytanie i przedstawi szereg innych uwag do komentowanej koncepcji, trzeba ją pokrótce przybliżyć.

Tamanaha swoje rozważania nad pluralizmem prawnym oraz dochodzenie do własnej koncepcji otwiera przez wytknięcie najistotniejszych w jego przekonaniu błędów w dotychczasowych konceptualizacjach¹⁰. Przede wszystkim uważa, że błędne jest rozpoczynanie analiz zjawiska pluralizmu prawnego od przyjęcia określonej, mniej lub bardziej rozbudowanej definicji prawa, choć nie tylko wśród samych teoretyczek i teoretyków pluralizmu prawnego, ale także w ogóle (niezależnie, czy chodzi o „zwykłych” ludzi, czy uczonych prawników, socjologów, antropologów bądź filozofów) nie było, nie ma i najprawdopodobniej nie będzie zgody co do jakiegokolwiek definicji. Błędne jest jednak nie tylko to upieranie się przy definiowaniu prawa na przekór temu, że każda definicja zdaje się w mniejszym lub większym stopniu kontestowana. Tamanaha podnosi także, że definicje oferowane przez dotychczasowe teoretyczki i teoretyków pluralizmu prawnego zazwyczaj uniemożliwiają odróżnienie na ich gruncie prawa od tego, co prawem nie jest lub co za prawo trudno uznać. Jako przykład podaje klasyka, wspomnianego już wcześniej Ehrlicha, który przecież nie tylko przez Tamanahę jest krytykowany za to, że jego ujęcie prawa jest po prostu zbyt ogólne, by mogło posłużyć za podstawę szczegółowych (a więc zakładających subtelne dystynkcje) analiz¹¹. Nie rozważając w tym miejscu tego, na ile bardzo generalne wnioski Tamanahy są faktycznie adekwatne względem wszystkich pozostałych ujęć pluralizmu prawnego¹², trzeba zaznaczyć, że komentowany autor ochocho posługuje się podobnymi, bardzo szerokimi generalizacjami.

Analiza definicji konstruowanych przez teoretyczki i teoretyków pluralizmu prawnego albo wykorzy-

7 Szereg sporów wchodzących w skład szerszego kryzysu konstytucyjnego, zob. np. P. Radziejewicz, P. Tuleja (red.), *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego: czerwiec 2015 – marzec 2016*, Warszawa 2017. Choć należy także pamiętać, że pluralizację/odchodzenie od monizmu polskiego porządku prawnego, także w nawiązaniu do działalności i wpływu Trybunału Konstytucyjnego, zauważono znacznie wcześniej, zob. T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Winczorek, *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008, s. 76.

8 Nieograniczające się do okresu którejkolwiek z dotychczasowych kadencji Sejmu RP zjawisko regionalizacji wykładni, zob. np. T. Stawecki, *Prawo w książkach i prawo na dyskach – konsekwencje dla praktyki wykładni prawa* (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 243.

9 Np. spór dotyczący referendum niepodległościowego w Katalonii z 1 października 2017 r.

10 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 172–175.

11 Tamże, s. 176; zob. także A. Kojder, *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i rodziny idei socjologii prawa* (w:) A. Flis (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowej*, Kraków 2006, s. 143–144.

12 Np. czy podobne problemy delimitacyjne występują u wspomnianego Petrażyckiego.

stywanych przez nich do własnych celów prowadzi bowiem Tamanahę do wyróżnienia *de facto* tylko dwóch zasadniczych sposobów definiowania prawa¹³. Po pierwsze, odwołując się głównie do prac z zakresu antropologii czy antropologii prawa bądź części socjologii prawa, wskazuje on na ujmowanie prawa jako ustabilizowanych wzorów określonych działań w danych grupach czy całych społecznościach. Oczywiście to właśnie na gruncie takich konceptualizacji bardzo trudne, a może wręcz po prostu niemożliwe staje się odróżnienie prawa od tego, co prawem nie jest lub czego prawem by raczej nie określono. W końcu, jeśli za prawo uznać tylko pewne wzory postępowania wykształcone w praktyce społecznej wśród określonej ludności, to prawem okazują się także reguły wzajemnej sąsiedzkiej pomocy przy zbiorach plonów rolnych, podwórkowych rozgrywek w piłkę nożną, właściwego ubierania się stosownie do okazji czy reguły grzecznościowe. W zasadzie trudno jest wskazać coś, co prawem nie jest. W konsekwencji natomiast wykazanie mnogości „praw” może okazać się relatywnie łatwym zadaniem, choć niewykluczona jest inna optyka, zgodnie z którą skoro prawem jest ogół uznanych wzorców postępowania w społeczeństwie, to nie będzie dochodziło do pluralizmu, rozumianego jako współwystępowanie minimum dwóch różnych porządków. Ostatecznie przecież w jednym prawie będzie się mieściło lub mogło pomieścić w zasadzie wszystko. Występowanie zatem obok siebie dwóch, nie wspominając już o większej liczbie, różnych porządków prawnych może być uznane za w znikomym stopniu prawdopodobne.

Z kolei drugi wskazany przez Tamanahę zasadniczy sposób definiowania prawa kojarzony jest przez niego przede wszystkim z tradycją analitycznej teorii i filozofii prawa spod znaku Herberta L.A. Harta. Sprowadza go do ujmowania prawa jako zinstytucjonalizowanego stosowania bądź wymuszania norm, które powstały same w ramach działania określonych instytucji. Temu sposobowi ujmowania prawa także zarzuca nieadekwatność. Co prawda można podejrzewać, że definicje posługujące się kategorią instytucjonalizacji *de facto* uprzywilejowują nowoczesne państwo i prawo

tworzone w jego strukturach, ale trzeba pamiętać, że zinstytucjonalizowane tworzenie, stosowanie, a nawet przymusowe egzekwowanie reguł występuje także całkowicie poza strukturami państwowymi. Wystarczy tu podać przykład działalności współczesnych związków sportowych czy stowarzyszeń naukowych i spróbować odpowiedzieć na pytanie, czy reguły tworzone w ramach takich struktur są prawem, by to sobie w pełni uzmysłowić. Mimo więc znacznego zawężenia tego sposobu ujmowania prawa w porównaniu do pierwszego wyróżnionego przez Tamanahę, i tak zdaje się on zbyt szeroki. Ponownie rezygnując w tym miejscu z próby oceny, na ile zrekonstruowane przez Tamanahę tylko dwa sposoby definiowania prawa są adekwatne względem bogactwa dotychczasowych wysiłków uchwycenia domniemywanej istoty prawa, można zgodzić się z następującym twierdzeniem komentowanego autora. W ramach obu zasadniczych sposobów definiowania prawa ostatecznie szuka się jednej formuły, która miałaby być adekwatna względem całego prawa. Według Tamanahy posługiwanie się przez teoretyków pluralizmu prawnego jakąś konkretniejszą formą pierwszego lub drugiego sposobu definiowania nie jest jednak ostatnim zasadniczym błędem, jaki popełniają.

Mianowicie Tamanaha także występuje przeciw szeroko pojmowanemu funkcjonalizmowi w definicjach prawa¹⁴. Chodzi mu konkretnie o formuły zawierające wskazanie najistotniejszych celów, które ma realizować prawo, by mogło być w ogóle określane mianem prawa. Komentowany autor uznaje formuły podobne do przykładowej „prawo zapewnia porządek społeczny” za błędne, nie tylko z tego powodu, iż nie wszystkie elementy prawa są równie skuteczne w realizowaniu zakładanej funkcji czy w zależności od okoliczności generalna skuteczność funkcjonalna prawa może ulegać znacznym zmianom i w obliczu jej spadków trzeba liczyć się z pytaniem, czy prawo tracące na swojej skuteczności jest w mniejszym stopniu prawem. Funkcjonalistyczne ujmowanie prawa jest także błędne, gdyż dana funkcja mająca być urzeczywistniana przez prawo, a którą może być nie tylko wspomniany porządek społeczny, ale także wymiana społeczna, socjalizacja czy w zasadzie cokolwiek, co

13 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 175–181.

14 Tamże, s. 176, 179, 180.

dana teoretyczka bądź teoretyk gotowi byłoby akcentować, może być z powodzeniem realizowana przez coś innego niż samo zjawisko, które jest przez tę funkcję definiowane. W końcu – czy faktycznie prawo i tylko prawo jest odpowiedzialne za porządek społeczny? Jeśli nie, a więc gdy porządek społeczny mógłby być tłumaczony także przez odwołanie się do czegoś innego niż prawo, na przykład moralność, normy zwyczajowe, a nawet religijne, to definiowanie i identyfikowanie prawa w oparciu o funkcję zapewniania porządku społecznego okazuje się po prostu nieadekwatne.

przyjąć twierdzenie, iż prawem jest to, co jest uznawane za prawo przez ludzi¹⁵. Taką swoistą ucieczką od wysiłku bardziej substancjalnego ujęcia prawa Tamanaha uzasadnia wnioskiem z przeprowadzonych przez niego i pokrótce przedstawionych powyżej analiz, które doprowadzają go do konkluzji, iż tego, czym prawo jest i co prawo czyni, nie da się ująć w jedną uniwersalną formułę. Prawo zdaje się zawsze w mniejszym lub większym zakresie wymykać esencjalistycznym konceptualizacjom i z tego względu ono samo winno być ujęte w sposób jak najbardziej formalny, niezakła-

Skoro prawem jest ogół uznanych wzorców postępowania w społeczeństwie, to nie będzie dochodziło do pluralizmu, rozumianego jako współwystępowanie minimum dwóch różnych porządków. Ostatecznie w jednym prawie będzie się mieściło lub mogło pomieścić w zasadzie wszystko.

Skoro uprzywilejowana w danej funkcjonalistycznej definicji prawa funkcja tak naprawdę jest realizowana przez wiele innych zjawisk czy obiektów w życiu społecznym, to nie jest ona zdalna do uchwycenia prawa i niczego więcej prócz prawa. Tamanaha po raz kolejny więc na bardzo dużym, nie niedyskusyjnym poziomie ogólności wskazuje na błędny sposób ujmowania prawa, który może być także wykorzystywany na gruncie rozważań o pluralizmie prawnym.

Jednakże, jak już zapowiadano, Tamanaha nie uprawia krytyki dotychczasowego pluralizmu prawnego dla samej krytyki, ale na podstawie swoich obserwacji i analiz chce zaproponować nowe ramy teoretyczne. W obliczu zasygnalizowanych problemów proponuje, by zrezygnować z esencjalistycznego ujmowania prawa, czyli definiowania go przez jakiekolwiek cechy, które prawo musi posiadać, by mogło być określone mianem prawa. Zamiast tego, zajmując się zjawiskiem pluralizmu prawnego, powinno się jako punkt wyjścia

dający jakichkolwiek jego koniecznych właściwości. Tamanaha dochodzi do wniosku, że najlepszym sposobem na taki nieesencjalizm w ujmowaniu prawa jest powiedzenie *de facto*, iż prawem jest to, czemu ludzie „przypinają łatkę” prawa; co określają mianem prawa. Dodaje przy tym, że w zasadzie jego propozycja nie jest klasyczną definicją, a sposobem na delimitację prawa od tego, co prawem nie jest, z czym, jak już powiedziano, zdecydowana większość teoretyczek i teoretyków pluralizmu prawnego ma duży problem, niezależnie od tego, w który z trzech wskazanych wyżej sposobów

15 Tamże, s. 193. Tamanaha podtrzymuje tę formułę w późniejszym tekście o pluralizmie prawnym, zob. tenże, *Understanding Legal Pluralism...*, dz. cyt., s. 396, a także w ramach swojej najnowszej monograficznej pracy, traktującej o prawie w ogóle, ale już nie biorącej tak wyraźnie pod uwagę samego pluralizmu prawnego, zob. tenże, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017, np. s. 194.

ujmowania prawa (odwołujący się do wzorów postępowania, instytucjonalizacji czy funkcji) się wpisują. Dodatkowo, zgodnie z rekonstrukcją Tamanahy, wychodzenie przez dotychczasowych teoretyków pluralizmu prawnego od określonych substancjalnych, esencjalistycznych definicji prawa prowadzi do tego, że samo zjawisko pluralizmu prawnego jest rozumiane przez nich jako współwystępowanie w określonym przedziale czasu i obszarze różnych manifestacji prawa, rozumianego oczywiście w oparciu o jedną założoną przez daną teoretyczkę bądź teoretyka formułę¹⁶. Stanowisko Tamanahy uniemożliwia podobną praktykę badawczą, gdyż odrzuca zakładanie na początku analiz jakichkolwiek konkretnych cech czy właściwości, jakie ma posiadać prawo, także w jego wielu równoległych manifestacjach. Zgodnie z jego poglądami z sytuacją pluralizmu prawnego będzie się miało do czynienia, gdy ostatecznie różnym zjawiskom „przypinana” jest przez ludzi „łatka” prawa, a pomiędzy tymi społecznymi identyfikacjami prawa zachodzą mniejsze bądź większe różnice¹⁷. Innymi słowy, gdy w danym czasie i miejscu w danej populacji istnieją różne opinie co do tego, czym jest prawo, a więc gdy, przykładowo, jedna część społeczeństwa upatruje prawa w danych obiektach i zjawiskach, a druga niekoniecznie podziela jej zdanie i jako prawo identyfikuje co innego, to, zgodnie z twierdzeniem „prawem jest to, co ludzie tak określają”, można mówić o pluralizmie prawnym. Już nie w sensie współwystępowania różnych manifestacji tego, co spełnia wymogi określonego ujęcia prawa przyjętego przez daną teoretyczkę bądź teoretyka (na wzór krytykowanych przez Tamanahę podejść), lecz w sensie mnogości różnych społecznych identyfikacji prawa.

Jak być może łatwo już się domyślić w tym miejscu, Tamanaha, rozwijając swoje nieesencjalistyczne podejście do pluralizmu prawnego, proponuje, by, stosując je, przeprowadzać analizy na dwóch różnych poziomach, z zachowaniem odpowiedniej kolejności¹⁸. Skoro zasadniczy akcent kładzie się na to, co ludzie traktują jako prawo, to najpierw należy ustalić, co dokładnie, a także przez jakich ludzi jest identyfikowane jako

prawo. Pierwszym krokiem w zastosowaniu w praktyce nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego jest próba udzielenia empirycznie podbudowanej odpowiedzi na pytanie, czemu „przypinana” jest „łatka” prawa w danym przedziale czasowym, na danym obszarze zamieszkałym przez określoną populację. Po zebraniu takich „ludowych” świadectw, poglądów na to, czym jest prawo, należy przejść na drugi poziom analiz, sprowadzający się do próby zidentyfikowania w oparciu o zebrany materiał empiryczny (opinie społeczne) ogólnych cech bądź właściwości tego, czemu „przypięto łatkę” prawa. Upraszczając, można więc powiedzieć, że Tamanaha proponuje, by najpierw pytać ludzi, co traktują jako prawo (rzecz jasna, stosując przy tym odpowiednie metody badań empirycznych), a następnie, w nawiązaniu do zebranego materiału, przeprowadzić generalizującą analizę, której rezultatem byłaby charakterystyka tego, co dane grupy określają jako prawo.

Choć Tamanaha poprzestaje na wyróżnieniu tych dwóch poziomów analizy, można się zastanawiać, czy nie należałoby dodać kolejnego poziomu, który można by określić mianem kontrolnego. Mianowicie nie można *in abstracto* wykluczyć, że identyfikacje prawa w danej populacji są na tyle mnogie, wzajemnie niespójne i dotyczą ostatecznie bardzo wielu różnych obiektów i zjawisk, iż generalizacje przeprowadzane na drugim poziomie mogą być nie dość subtelne, by zachować adekwatność względem określonych społecznych świadectw zebranych w ramach pierwszego etapu. Skoro więc Tamanaha jednoznacznie popiera formułowanie empirycznie ugruntowanych twierdzeń, warto zgłosić postulat uzupełnienia jego schematu badawczego o trzeci etap – przedstawienie opracowanych generalizacji z drugiego etapu do zaopiniowania samym przedstawicielem danej populacji, których identyfikacje prawa zbierano w ramach pierwszego etapu. Jeśli te osoby uznają, że dokonana generalizacja oddaje ich spojrzenie na prawo, to zasadniczy wysiłek badawczy można uznać za udany. Gdyby natomiast ludzie, których świadectwa na temat prawa zebrano w pierwszym etapie, nie odnajdywali pełni swojego spojrzenia na prawo w generalizacjach z drugiego etapu, to taki negatywny wynik trzeciego, kontrolnego etapu skłaniałby do dokonania odpowiednich korekt w analizach przeprowadzanych wokół materiału empi-

16 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 194.

17 Tamże.

18 Tamże, s. 195–197.

rycznego. Jakkolwiek taki kierunek rozwinięcia ustaleń Tamanahy jest możliwy, to trudno w tym miejscu spekulować, czy sam by go zaakceptował.

Pewne jest jednak to, iż względem jego nieesencjalistycznego ujęcia pluralizmu prawnego można sformułować wiele innych uwag. Podążając tropem analiz samego Tamanahy, który po przedstawieniu podstaw swojego podejścia decyduje się na wskazanie zalet i wad jego koncepcji – według jego własnej opinii – warto najpierw zająć się zaletami, zarówno tymi bezdyskusyjnymi, jak i mogącymi budzić wątpliwości, jak również tymi dostrzeganymi oraz niezauważanymi przez samego komentowanego autora.

Za niekwestionowaną zaletę własnego stanowiska Tamanaha uznaje to, iż na gruncie nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego z powodzeniem można odróżniać prawo od nie-prawa¹⁹. Jakkolwiek na pierwszy rzut oka ta pozytywna ocena nie powinna budzić wątpliwości, to trzeba powiedzieć wprost, że jest ona zasadna, a więc nieesencjalistyczne ujęcie pluralizmu prawnego faktycznie nie popada w problemy delimitacyjne poprzednich koncepcji, pod jednym wszak zasadniczym warunkiem. Subiektywne przeświadczenia poszczególnych ludzi na temat jakiegoś obiektu bądź zjawiska winny być po prostu zrównane z samym przedmiotem (punktem odniesienia) tych przeświadczeń. Stanowisko Tamanahy okazuje się więc uwikłane w bardzo subtelny, acz istotny problem ontologiczny. Zdaje się on bowiem utożsamiać przedmiot indywidualnych sądów – prawo – z samymi sądami – opiniami na temat tego, czym jest prawo czy też co można za prawo uznać. Oczywiście akceptacja bądź brak akceptacji takiego poglądu zależą od zapatrywań na ogólnie pojmowany konstruktywizm społeczny, do którego Tamanaha się odwołuje²⁰. Sympatycy konstruktywizmu mogą po prostu zaakceptować na swój sposób radykalne stanowisko Tamanahy co do definiowania bądź delimitowania prawa od nie-prawa, wraz z jego sugerowaną tu konsekwencją utożsamiania przedmiotu przeświadczeń z samymi przeświadczeniami. Natomiast osoby zakładające w mniejszym lub większym stopniu obiektywność określonych zjawisk życia społecznego, a więc mogące nie stawiać znaku

równości między prawem a twierdzeniami ludzi na temat tego, co nim jest, mogą podchodzić sceptycznie do koncepcji Tamanahy. Dla nich przecież same zebrane twierdzenia o tym, co z perspektywy poszczególnych ludzi jest prawem, wcale nie są podstawą identyfikacji prawa i odróżniania go od tego, co prawem nie jest. Upatrywany przez Tamanahę najistotniejszy plus jego koncepcji – możliwość odróżniania prawa od nie-prawa – przestaje być zatem obiektywną, niezaprzeczalną zaletą. To, czy faktycznie przyzna się komentowanemu autorowi osiągnięcie, jakie sam zdaje się sobie przypisywać, zależy bowiem od preferencji oceniających jego koncepcję osób, stopnia akceptacji/odręczenia przez nich podstawowych idei konstruktywizmu społecznego. W tym sensie przytoczona zaleta stanowiska Tamanahy okazuje się bardzo silnie relatywna.

Podobny charakter zdaje się mieć druga zaleta, jaką przypisuje sobie sam Tamanaha, ostatecznie ściśle powiązana z pierwszą. Mianowicie przekonuje on, iż jego koncepcja umożliwia znacznie bogatsze instrumentarium pojęciowe, w którym wyraźnie odróżnialne od siebie będą kategorie różnych rodzajów norm społecznych (pluralizm normatywny), a także wewnętrzne pluralizmy wyróżnionych kategorii norm społecznych, jak i sam pluralizm prawny²¹. W nawiązaniu do wcześniejszego komentarza można natomiast zadać pytanie, czy faktycznie odróżnialne będą same zasadnicze rodzaje norm społecznych i ich ewentualne wewnętrzne pluralizmy, czy też będzie można odróżnić, oddzielić od siebie jedynie społeczne twierdzenia, identyfikacje norm moralnych, prawnych, religijnych bądź zwyczajowych, na podstawie których będzie można stwierdzić stopień pluralizacji poglądów na dany temat w określonej populacji. Ponownie więc akceptacja twierdzenia o tej zalecie nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego zdaje się ostatecznie zależeć od tego, czy podzielią się mogące budzić kontrowersje stanowisko konstruktywizmu społecznego.

Z kolei zaletą koncepcji Tamanahy, która zdaje się nierelatywna, niezależna od przyjmowanych założeń czy kryteriów ocen, jest generowanie na jej podstawie wielu problemów badawczych. Choć sam Tamanaha skupia się na łatwo nasuwającym się na gruncie jego wywodów pytaniu badawczym: „kto, co i dlaczego

19 Tamże, s. 197.

20 Tamże, s. 142, 162.

21 Tamże, s. 198.

identyfikuje jako prawo?”²², to można wskazać zdecydowanie więcej interesujących problemów godnych rozważenia. Nie tylko warto przemyśleć korelowanie odpowiedzi na wskazane pytanie z różnymi zmiennymi socjodemograficznymi respondentów, ale także ustalanie na podstawie zebranych świadectw ewentualnych brzegowych warunków uznawania określonych zjawisk jako zjawisk prawnych w danym społeczeństwie czy w ramach określonych, dających się wyodrębnić grup społecznych. To ostatnie przedsięwzięcie można by natomiast realizować w ramach wspomnianego wcześniej, wyróżnionego przez Tamanahę wprost drugiego poziomu analiz zjawiska pluralizmu prawnego, a otrzymane rezultaty ewentualnie poddać kontroli w ramach sugerowanego trzeciego etapu lub jego odpowiedniej modyfikacji. Choć już nawet bardzo skromna analiza koncepcji Tamanahy pod kątem jej aplikacji empirycznej czy budowania

rodzajów prawa²³. Jednakże w świetle takiego twierdzenia od razu może nasunąć się pytanie, czy faktycznie brak hierarchii różnych rodzajów prawa jest dobry. Do tego wątku jednak powróci się w późniejszych rozważaniach dotyczących wad omawianej koncepcji.

Sam Tamanaha wskazuje pewne problemy związane z jego koncepcją, choć jak jest to ukazane poniżej, można się zastanawiać, czy zwraca uwagę na wszystkie i najważniejsze kwestie. Skoro prawem ma być to, co ludzie uznają jako prawo, to Tamanaha dostrzega konieczność uzupełnienia jego koncepcji o odpowiedź na pytanie: „kto dokładnie i jak wiele osób musi uznać coś za prawo, by się to «liczyło»?”²⁴. Faktycznie, uzupełnienie jego koncepcji o rozwiązanie tego problemu wydaje się konieczne. Trzeba jednak zaznaczyć, z bardziej krytycznej perspektywy, iż wprowadzanie pewnych cezur ilościowych bądź jakościowych, jakie muszą spełnić społeczne identyfikacje prawa i ludzie



Stanowisko Tamanahy okazuje się uwikłane w bardzo subtelny, acz istotny problem ontologiczny. Zdaje się on utożsamiać przedmiot indywidualnych sądów – prawo – z samymi sądami – opiniami na temat tego, czym prawo jest czy też co można za prawo uznać.

na jej podstawie badań socjologiczno-prawnych sugeruje jej duży potencjał, to sam jej autor zdaje się go nie dostrzegać. Zamiast rozwinać wątek tej istotnej zalety, przechodzi on do wskazania kolejnej pozytywnej strony jego koncepcji, która jednak może budzić poważne wątpliwości, podobnie jak wcześniej komentowane elementy afirmatywnej samooceny Tamanahy.

Mianowicie podnosi on, iż twierdzenie, że prawo jest tym, co ludzie jako prawo oznaczają, jest nie tylko pozytywne pod tym względem, że unika się jakichkolwiek presupozycji co do prawa, ale także unika się zakładanych hierarchii ważności, istotności różnych

je wyrażający, zawsze może budzić wątpliwości, iż ostatecznie wspiera się bardzo partykularne ujęcie prawa, a nie sporządza się neutralnego opisu pewnych zjawisk i tendencji. Jak jeszcze będzie to rozwijane poniżej, koncepcja Tamanahy zdaje się całkowicie pozbawiona nawet najprostszych elementów bardziej podejrzliwego, krytycznego spojrzenia na prawo, jak i na same konstrukcje teoretyczne dotyczące prawa.

Kontynuując wątek problemów swojej własnej koncepcji, Tamanaha słusznie formułuje pytanie: „dokładnie jakie użycia pojęcia prawa należy uznać za istotne

²² Tamże, s. 199.

²³ Tamże, s. 199–200.

²⁴ Tamże, s. 200, ale także s. 166–167.

w ustalaniu tego, co ludzie traktują jako prawo, a przez to dochodzeniu, czym jest prawo (na gruncie danej populacji lub jej części)?²⁵. Faktycznie, Tamanaha kładzie nacisk na ustalenie, czemu ludzie „przypinają łatkę” prawa. Natomiast lakonicznie traktuje problematykę tego, co ludzie zdają się bądź mogą wiązać z samym słowem „prawo”, a to może przecież konotować bardzo dużo. Mianowicie to, że ktoś określi coś jako prawo – „przypnie łatkę” prawa – wcale nie oznacza, że ma na myśli prawo w sensie np. produktów działalności organów legislacyjnych. Kluczowe w omawianym kontekście pojęcie jest przecież używane także na oznaczenie pewnych empirycznych prawidłowości. Nie jest to jednak najistotniejszy problem. Nawet jeśli ktoś używa pojęcia prawa w sposób, który zdaje się mieć na myśli sam Tamanaha, czyli na oznaczenie pewnego rodzaju normatywności występującej (lub mogącej występować) w społeczeństwach ludzkich, to warto mieć także na względzie takie ewentualne użycia pojęcia prawa, które na przykład nie są wyrażane na poważnie i z przekonaniem, ale ironicznie bądź bez pewności. Choć jest to naprawdę bardzo istotny problem w komentowanej koncepcji, to sam jej autor, dostrzegając tę kontrowersję, poświęca zaskakująco mało miejsca na nawet wstępną próbę jej choćby częściowego rozwiązania. Ta zdaje się konieczna, jeśli chce wykorzystać koncepcję Tamanahy zgodnie z jednym z jej przeznaczeń – do prowadzenia badań empirycznych. Bez odniesienia się do podniesionej tu kwestii adekwatne interpretowanie zebranego materiału empirycznego, czyli poglądów społeczeństwa bądź jego części na temat tego, czym jest prawo, będzie bardzo utrudnione, a może wręcz niemożliwe²⁶.

Tymczasem Tamanaha szybko przechodzi do wskazywania kolejnego problemu, jakim są, jego zdaniem, różnice językowe (a także kulturowe) związane ze

słowem „prawo”²⁷. Podnosi mianowicie, iż jakkolwiek na gruncie wielu języków etnicznych można znaleźć słowa będące odpowiednikiem na przykład polskiego sformułowania „prawo”, to mogą one ostatecznie znaczyć coś innego bądź być używane w subtelnie odmiennych kontekstach. Przykładowo, czy można zestawiać ze sobą oświadczenia Polaków na temat tego, czym jest dla nich „prawo”, z oświadczeniami Niemców wskazującymi, czym jest dla nich „*Recht*”? Innymi słowy, Tamanaha obawia się dużych trudności w porównywaniu przeprowadzonych badań empirycznych w różnych państwach. W świetle wcześniej podniesionego zasadniczego problemu związanego z użyciem pojęcia prawa nawet na gruncie tylko jednego języka etnicznego, które miałyby być brane pod uwagę w badaniach empirycznych, zaskakujące jest, że Tamanaha, nie rozwiązując tego problemu, rozważa stosowanie własnej koncepcji także w wymiarze międzynarodowym. Nawet nie sugerując rozwiązania problemów związanych z ewentualnym użyciem jego koncepcji w skali jednego państwa, podnosi, iż może być ona wykorzystana do badań komparatystycznych. W nich zaś najprawdopodobniej dojdzie tylko do spiętrzenia problemu związanego ze zidentyfikowaniem relewantnego użycia pojęcia prawa z problemami translacji.

Ewidentne skupienie się na słowie „prawo” i jego ekwiwalentach w innych językach etnicznych prowadzi Tamanahę także do dostrzeżenia kolejnego, jego zdaniem, problemu – nieadekwatności jego koncepcji względem społeczności tubylczych, rdzennych bądź plemiennych, które w swoich językach mogą nie zawierać słowa „prawo”²⁸. Innymi słowy, przyznaje, iż jego koncepcja nie ma zasięgu uniwersalnego. Nie może być stosowana względem wszystkich społeczności ludzkich. Jakkolwiek jest to zasadna obserwacja, to można się zastanawiać, czy faktycznie nieuniwersalność podobnej koncepcji należy oceniać w kategoriach jej wad czy niedoskonałości.

Choć komentowany autor zdaje się dostrzegać pewne istotne problemy własnej konstrukcji, to można odnieść wrażenie, że nie przykładą zbyt dużej wagi

25 Tamże, s. 200, ale także s. 168–169.

26 Do tego zaś można dodać obawę przed indywidualnymi uprzedzeniami interpretatorów/badaczy i ich wpływem na opracowanie materiału empirycznego, zob. B. Truffin, O. Struelens, *Through the Looking Glass of Diversity. The Right to Family Life from the Perspectives of Transnational Families in Belgium* (w:) G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (eds.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford–Portland–Oregon 2017, s. 207–208.

27 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 200, ale także s. 169.

28 Tamże, s. 203–205.

do choćby częściowego odniesienia się do nich w bardziej krytyczny sposób. Poza tym względem nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego można wskazać inne kontrowersje, już niepodnoszone w żaden sposób przez jego autora.

Przed wszystkim w zetknięciu się z tą koncepcją nasuwają się następujące pytania. Czy o prawie ma faktycznie świadczyć tylko to, że określona grupa ludzi zdaje się oznaczać coś jako prawo? Czy prawo to tylko „łatka przypinana” przez ludzi do różnych obiektów i zjawisk? Czy sami ludzie, których Tamanaha chciałby badać zgodnie ze swoimi założeniami, zgodziliby się

prawa, które najpewniej w większości przypadków są esencjalistyczne (mniej lub bardziej). Można jednak powątpiewać, czy Tamanaha dostatecznie wyraźnie podkreśla sugerowany tu status własnych twierdzeń.

Takie uwydatnienie poziomu, na którym zdaje się poruszać Tamanaha, jest konieczne, zwłaszcza jeśli wyobrazić sobie sytuację wzrostu popularności jego tezy, iż prawo nie ma esencji, jest tylko tym, co ludzie za takie uznają. Jeśli bowiem członkowie określonego społeczeństwa zaczną w coraz większej liczbie wierzyć w tę tezę, to można spodziewać się negatywnych społecznych konsekwencji. Gdy ludzie będą przekonani, iż



Czy o prawie ma faktycznie świadczyć tylko to, że określona grupa ludzi zdaje się oznaczać coś jako prawo? Czy prawo to tylko „łatka” przypinana przez ludzi do różnych obiektów i zjawisk? Czy sami ludzie, których Tamanaha chciałby badać zgodnie ze swoimi założeniami, zgodziliby się z jego koncepcją?

z jego koncepcją? W stanowisku Tamanahy można zidentyfikować specyficzne napięcie. Z jednej strony słusznie chce badać, poznawać, co ludzie postrzegają jako prawo. Z drugiej strony jednak wychodzi od mało popularnej i raczej przeczącej intuicjom tezy, iż prawo jest puste, bez jakiegokolwiek najmniejszej nawet esencji, a o tym, co jest prawem, decydują ostatecznie subiektywne poglądy. Zdaje się więc faworyzować spojrzenie „ludowe”, demokratyczne na prawo, lecz w konsekwencji proponuje na swój sposób radykalną teoretyczną konstrukcję, o najprawdopodobniej znikomym społecznym poparciu. Oczywiście dokładniejsze przyjrzenie się omawianej koncepcji najpewniej doprowadzi do wniosku, że Tamanaha, zgłaszając twierdzenie, iż prawem jest to, co ludzie jako prawo oznaczają, tak naprawdę porusza się na poziomie pewnych metapoglądów, a nie ustawia swojej koncepcji w tym samym rzędzie, co konkretne poglądy na temat

tak naprawdę ich subiektywne oceny determinują to, co jest prawem, a co prawem nie jest, i ich poglądy nie są ze sobą zgodne, to można się spodziewać wzrostu antagonizmów między reprezentantami odmiennych poglądów czy niekoniecznie funkcjonalnego społecznie nonkonformizmu (łamania czegoś, co jedni uważają za prawo, przez tych, którzy nie zgadzają się z tą opinią). W świetle tego twierdzenia można powiedzieć, iż Tamanaha zdecydowanie chce uwzględnić jak najwięcej poglądów społecznych, reprezentuje swojego rodzaju demokratyczny deskryptyzm, ale można się zastanawiać, czy nie idzie on za daleko, czy w konsekwencji nie zdaje się oportunistycznie uciekać od brania pod uwagę i sugerowania rozstrzygnięć możliwych do przewidzenia lub faktycznie obserwowanych głębokich sporów polityczno-społecznych o prawo. Oczywiście wspomniane na początku niniejszego tekstu spory dotyczące polskiego Trybunału Konstytucyjnego

czy referendum w Katalonii z 1 października 2017 r. z powodzeniem dają się wpisać w generalną ideę Tamanahy, zgodnie z którą ludzie mogą nie zgadzać się w swoich identyfikacjach sprawy. Mówiąc kolokwialnie, jedni mogą uważać tak, a drudzy zupełnie inaczej. Między takimi stronnictwami może zaś dochodzić do wyraźnych, czasem wręcz zażartych konfliktów, w których każda ze stron będzie podtrzymywała swoją pierwotną tezę, a więc upierała się przy swojej identyfikacji prawa. Trzeba jednak powiedzieć wprost, że do wysnucia podobnych wniosków nie jest potrzebna jakaś ogólniejsza koncepcja teoretyczna. W świetle ogólnej życiowej obserwacji, iż ludzie mają tendencję do niezgadania się w określonych kwestiach, a więc w obliczu pluralizacji poglądów na dane sprawy, nieesencjalistyczny pluralizm prawny zdaje się dość trywialną koncepcją. Jest tylko bardzo ogólną ramą służącą do opisu pewnych zjawisk.

Tamanaha jednak w żaden sposób nie proponuje ani nawet nie zdaje się zainteresowany odpowiedzią na pytanie, jak postępować w świetle określonych przypadków pluralizmu prawnego. To właśnie tutaj objawia się daleko idący brak zaangażowania Tamanahy i jego nacisk na deskryptywność, z całkowitym pominięciem krytycznej dyskusji nad tym, jak oceniać przejawy pluralizmu prawnego i jak ewentualnie reagować na negatywne przypadki. Ujmując to inaczej, Tamanaha nie zadaje sobie trudu uwzględnienia społecznych realiów, gdy przekonuje, że definicje prawa czy hierarchie rodzajów prawa są nieadekwatne. Z perspektywy teoretyczki czy teoretyka może nawet większość z nich jest faktycznie błędna. Trzeba jednak pamiętać także o tym, że definicje czy hierarchie mogą pełnić również funkcje społeczne, strukturyzując interakcje w danej populacji, przyczyniając się do większej przewidywalności życia i stanowiąc jeden z filarów porządku społecznego. Czy faktycznie za niewłaściwą można uznać sytuację, gdy dana definicja prawa bądź zhierarchizowanie rodzajów prawa, wskutek odpowiedniej, rzetelnej i pozbawionej elementów przymusu argumentacji na ich rzecz, staje się bardziej popularna w społeczeństwie, a nawet po prostu akceptowana przez członków tego społeczeństwa? Czy z tej społecznej perspektywy definicje i hierarchie są bezwarunkowo złe? Tamanaha zdaje się całkowicie ignorować te pytania bądź nie dostrzegać ich. Jest to na

swoj sposób paradoksalne zajmować się pluralizmem prawnym jako zjawiskiem społecznym biorącym się z tego, iż ludzie różnie identyfikują prawo, pomijając przy tym wagę szerzej uznawanych definicji prawa dla funkcjonowania społeczeństwa. Nie należy bowiem mieć złudzeń, że różne przejawy pluralizmu prawnego mogą powodować więcej problemów społecznych, niż stanowić ich rozwiązanie. Tych ostatnich natomiast Tamanaha w żaden sposób nawet nie sugeruje. Zdaje się więc u niego przeważać perspektywa społecznie niezaangażowanego badacza nad chęcią uwzględnienia bieżących realiów i ich problemów bądź potrzeb²⁹. W tym sensie można powiedzieć, że Tamanaha jest dość konserwatywnym socjologiem prawa. Opisuje, lecz nawet nie rozważa różnych alternatyw postępowania względem czegoś, co nie zawsze może być pozytywnie oceniane.

Co jeszcze warto podkreślić – dla samego Tamanahy jego koncepcja wydaje się dość trudna do konsekwentnego przestrzegania. W założeniach chce badać identyfikowanie przez różnych ludzi różnych obiektów i zjawisk jako prawo. Kładzie więc zdecydowanie duży nacisk na subiektywność. Jednakże w wielu miejscach swoich rozważań wzmiankuje o badaniu relacji między różnymi rodzajami prawa, a nawet przeprowadza uproszczone analizy, na przykład jak prawo państwowe ma się do prawa religijnego³⁰. Można więc powiedzieć, że w tych fragmentach dyskutuje już nie o samych subiektywnych przeświadczeniach, tylko o tym, do czego subiektywne przeświadczenia mogą się odnosić. Oczywiście można tłumaczyć Tamanahę, iż wcale nie rezygnuje w tych fragmentach ze swojego zasadniczego konstruktywistycznego założenia, iż prawem jest to, co ludzie jako prawo oznaczają. Można wszak podnosić, że rozważa wówczas relacje między już zidentyfikowanymi i zgeneralizowanymi charakterystykami określonych rodzajów prawa, ustalonych w oparciu o badania empiryczne. Problemатyczne jest

29 To zaś można wiązać z jego wcześniejszymi, niepozbawionymi racji, uwagami na temat politycznego uwikłania części anglo-amerykańskiej socjologii prawa, zob. B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997, s. 20–24.

30 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 199; tenże, *Understanding Legal Pluralism...*, dz. cyt., s. 396–409.

jednak to, że Tamanaha dotąd nie przeprowadził takich badań ani nawet nie powołuje się na badania, które mogłyby mu posłużyć za podstawę takiej generalizacji i dyskusję o relacjach między różnymi rodzajami praw. Nie tylko jednak ten szczegół w sposobie argumentacji Tamanahy może budzić wątpliwości.

Choć jest to niewątpliwie bardzo mocne sformułowanie, to można doszukać się w jego rozważaniach pewnej sprzeczności, wręcz graniczącej z hipokryzją. U podstaw nieesencjalistycznego pluralizmu prawnego deklaruje on swoistą otwartość na różne poglądy, zgodnie ze sformułowaniem, iż prawem jest to, co ludzie za takie uznają, lecz z drugiej strony przeprowadza dość mocną krytykę prowadzącą ostatecznie do odrzucenia innych sposobów ujmowania prawa, które, tak jak choćby Hartowska koncepcja, zyskały duże uznanie i niewykluczone, że wpisują się w część potocznych intuicji na temat prawa. Trudno jest bez popadania w sprzeczność krytykować spotykane definicje prawa i budowane na ich podstawie ujęcia pluralizmu prawnego, przyjmując założenie, iż prawem jest ostatecznie to, co ludzie uznają za prawo. Egzemplifikacją tego stanu rzeczy jest choćby dyskusja Tamanahy z koncepcją wspomnianego już wcześniej Teubnera³¹. Warto ją przytoczyć także z tego względu, iż pozwala ukazać być może dalszy problem z koncepcją Tamanahy, dający się sprowadzić do kolejnego zarzutu niepełnego realizowania własnych założeń i popadania przez to w sprzeczność, którą można wręcz określić mianem fundamentalnej czy zasadniczej.

Teubner, jako jeden z bardziej znanych przedstawicieli teorisystemowych czy też autopoietycznych ujęć prawa, odwołując się do dzieła Niklasa Luhmanna, przyjmuje, iż prawem jest ostatecznie zespół komunikatów (komunikacji) dokonywanych w oparciu o binarny kod prawne/bezprawne. Upraszczając, określone zjawiska, których dotyczą komunikaty oparte na kodach zysk/strata czy władza/brak władzy, a więc stanowiące odpowiednio zjawiska ekonomiczne bądź polityczne, póki nie zostaną zaobserwowane z perspektywy prawnego kodu binarnego, niezależnie od tego, czy określi się je mianem prawnych bądź bezprawnych, są prawnie irrelewantne. Gdy natomiast zostanie sformułowany prawny komunikat, nawet

dotyczący zjawiska bardzo rzadko kojarzonego z oficjalnym prawem albo obiektywnie niestanowiącego przedmiotu formalnie obowiązujących regulacji, wchodzi on w skład teorisystemowo pojmowanego prawa. Wychodząc z takich generalnych założeń, dla Teubnera pluralizmem prawnym jest „wielość różnorodnych procesów komunikacji obserwujących działania społeczne z perspektywy kodu prawne/bezprawne”³², a – dodając – różne obserwacje tego samego szeroko pojętego przedmiotu nie muszą być zbieżne w kodowaniu. To samo może być ujmowane jako prawne przez określone komunikaty i, jednocześnie, jako nieprawne przez inne.

Pomijając problem, na ile rzetelnie i adekwatnie Tamanaha oddaje koncepcję Teubnera³³, trzeba powiedzieć, że jego najistotniejszym, w omawianym kontekście, zarzutem jest wytknięcie ogromnego skomplikowania identyfikacji prawa w oparciu o kod binarny z uwagi na płynność i dynamikę komunikacji, a także to, że dystynkcja prawne/bezprawne jest przywoływana nie tylko jawnie i wyraźnie, ale także wyłącznie w sposób dorozumiany. Innymi słowy, Tamanaha krytykuje językowość czy uprzywilejowanie procesów komunikacji w konceptualizacji prawa i pluralizmu prawnego u Teubnera. Jakkolwiek można zgłaszać podobne wątpliwości, to zastanawiające, a wręcz paradoksalne jest to, że taką krytykę formułuje właśnie Tamanaha. Sam przecież ostatecznie faworyzuje język, a właściwie jedno słowo – „prawo” – i jego ewentualne odpowiedniki w pozostałych językach etnicznych. Twierdzi bowiem, że „(...) jeśli żadna grupa w danym społeczeństwie nie odnosi się do «prawa», to w tym społeczeństwie nie ma prawa”³⁴. Prawo istnieje wtedy, gdy dana grupa ludzi określi coś jako prawo, używając właściwego słowa w odpowiednim znaczeniu. Nie tylko więc można doszukiwać się w ocenie stanowiska Teubnera swoistej hipokryzji Tamanahy, ale także zacząć się zastanawiać, czy ostatecznie Tamanaha sam sobie nie przeczy i jednak nie udaje mu się przepro-

31 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, s. 186–191.

32 G. Teubner, *The Two Faces of Janus. Rethinking Legal Pluralism* (w:) K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo (eds.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Liverpool 1997, s. 128.

33 Por. R. Nobles, D. Schiff, *Observing Law through Systems Theory*, Oxford–Portland–Oregon 2013, s. 91–99.

34 B.Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence...*, dz. cyt., s. 201.

wadzić całości rozważań w zgodzie z pierwotnymi założeniami. W końcu, czy faktycznie Tamanaha unika jakichkolwiek założeń o choćby minimalnej esencji prawa, jeśli przykłada tak dużą wagę do tego, czy w danej społeczności są ludzie określający coś przez specyficznie rozumiane słowo „prawo” i jego odpowiedniki w innych językach?

Jak widać więc po powyższym komentarzu, koncepcja Tamanahy jest kontrowersyjna i problematyczna na wielu płaszczyznach. Pewne wątpliwości może

tywy konstruktywistycznej. Choćby z tego względu sięganie po nią daje się wytłumaczyć. Trzeba jednak być jej – jako narzędzia do potencjalnego wykorzystania we własnych przedsięwzięciach – świadomym w pełniejszy sposób. Powyższe rozważania pomyślane są właśnie jako bardziej szczegółowa, krytyczna analiza nieiesencjalistycznego pluralizmu prawnego, która sugeruje zainteresowanym nim, teoretycznie bądź empirycznie, jego nieraz subtelne, acz istotne problemy, których choćby częściowe rozwiązanie może



Czy faktycznie Tamanaha unika jakichkolwiek założeń o choćby minimalnej esencji prawa, jeśli przykłada tak dużą wagę do tego, czy w danej społeczności są ludzie określający coś przez specyficznie rozumiane słowo „prawo” i jego odpowiedniki w innych językach?

budzić również sama argumentacja prowadząca do niej i uzasadniająca ją. Jej autorowi można wytknąć m.in. bardzo ogólne i wyjątkowo śmiałe generalizacje stanowiące punkt wyjścia; stawianie zarzutów innym, samemu zdając się powielać niektóre z krytykowanych schematów; nierozwinięcie istotnych wątków dotyczących językowego oznaczania określonych obiektów i zjawisk jako prawo oraz możliwych perspektyw badawczych; wręcz nadmierny deskrytywizm i swoistą akrytyczność oraz brak nawet śladów zaangażowania w obliczu faktycznych i przewidywalnych przejawów społecznie negatywnego (destruktywnego) pluralizmu prawnego; niedostrzeganie ważnych społecznych funkcji definicji i hierarchii prawa; czy mogące budzić wątpliwości przekonanie o nieiesencjalizmie własnej konstrukcji i możliwości delimitacji prawa od nie-prawa na jej gruncie. Oczywiście na tle innych konceptualizacji pluralizmu prawnego idea Tamanahy zdaje się umożliwiać zdecydowanie wyraźniejsze od różnianie prawa od nie-prawa, przy akceptacji perspek-

wymagać modyfikacji oryginalnej propozycji Tamanahy, sięgnięcia po inną podstawę teoretyczną bądź stworzenia własnej koncepcji pluralizmu prawnego. To ostatnie rozwiązanie może być wskazane zwłaszcza, gdy aspiruje się do analizy konkretnych realiów (np. określonego państwa w danym przedziale czasowym). Z kolei Tamanaha ma niewątpliwie ambicje uniwersalne co do własnej koncepcji. Jego generalna idea ma być stosowalna do bardzo wielu różnorodnych sytuacji. Być może jednak jest to kolejny błąd, nie tylko Tamanahy, a koncepcje pluralizmu prawnego nie powinny mieć aż tak szerokich, wręcz globalnych aspiracji. Zamiast tego może najwłaściwszym podejściem jest właśnie budowanie wielu koncepcji pluralizmu prawnego zorientowanych na bardzo konkretne realia, np. współczesnej Polski, Hiszpanii, Irlandii, Kanady, Japonii, Indonezji, Indii, Turcji, Libanu itd. By ocenić, czy taki scenariusz faktycznie przyniesie lepsze rezultaty od nieiesencjalistycznego pluralizmu prawnego, trzeba podjąć próbę jego realizacji.

Bibliografia

- Daniels D. v., *A Genealogical Perspective on Pluralist Jurisprudence* (w:) N. Roughan, A. Halpin (eds.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, Cambridge 2017, s. 163–191.
- Dupret B., *Adjudication in Action. An Ethnomethodology of Law, Morality and Justice*, transl. P. Ghazaleh, Farnham 2011.
- Dupret B., *Prawo w naukach społecznych*, przeł. J. Stryczyk, Warszawa 2010.
- Ehrenberg K.M., *The Functions of Law*, Oxford 2016.
- Gizbert-Studnicki T., Dyrda A., Grabowski A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2017.
- Himma K.E., *Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2004, t. 24, nr 4, s. 717–738.
- Kojder A., *Pluralizm prawny* (w:) A. Kojder, Z. Cywiński (red.), *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 295–298.
- Kojder A., *Z Czerniowców w szeroki świat... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa* (w:) A. Flis (red.), *Stawanie się społeczeństwa. Szkice ofiarowane Piotrowi Sztompce z okazji 40-lecia pracy naukowej*, Kraków 2006, s. 125–146.
- Muñiz-Fraticelli V.M., *The Structure of Pluralism. On the Authority of Associations*, Oxford 2014.
- Nobles R., Schiff D., *Observing Law through Systems Theory*, Oxford–Portland–Oregon 2013.
- Radziejewicz P., Tuleja P. (red.), *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego: czerwiec 2015 – marzec 2016*, Warszawa 2017.
- Saleh-Hanna V., *Women, Law, and Resistance in Northern Nigeria. Understanding the Inadequacies of Western Scholarship* (w:) V. Saleh-Hanna (ed.), *Colonial Systems of Control. Criminal Justice in Nigeria*, Ottawa 2008, s. 293–353.
- Stawecki T., *Prawo w książkach i prawo na dyskach – konsekwencje dla praktyki wykładni prawa* (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 237–259.
- Stawecki T., Stańkiewicz W., Winczorek J., *Między policentrycznością a fragmentaryzacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*, Warszawa 2008.
- Tamanaha B.Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2001.
- Tamanaha B.Z., *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society” 2000, t. 27, nr 2, s. 296–321.
- Tamanaha B.Z., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge 2017.
- Tamanaha B.Z., *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997.
- Tamanaha B.Z., *The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism*, „Journal of Law and Society” 1993, t. 20, nr 2, s. 192–217.
- Tamanaha B.Z., *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, „Sydney Law Review” 2008, t. 30, nr 3, s. 375–411.
- Teubner G., *The Two Faces of Janus. Rethinking Legal Pluralism* (w:) K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitalo (eds.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Liverpool 1997, s. 119–140.
- Truffin B., Struelens O., *Through the Looking Glass of Diversity. The Right to Family Life from the Perspectives of Transnational Families in Belgium* (w:) G. Corradi, E. Brems, M. Goodale (eds.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism. Normative and Empirical Approaches*, Oxford–Portland–Oregon 2017, s. 203–221.
- Twining W., *A Post-Westphalian Conception of Law*, „Law & Society Review” 2003, t. 37, nr 1, s. 199–257.
- Twining W., *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009.
- Winczorek J., *Pluralizm prawny* (w:) A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 181–186.
- Winczorek J., *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia* (w:) D. Bunikowski, K. Dobrzeńiecki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 12–35.